



FACULDADE DE DIREITO
Universidade de Lisboa

MESTRADO EM CIÊNCIAS JURÍDICO-FORENSES

2.º CICLO

DIREITO PENAL IV. Turma A

2014/2015 - 2.º Semestre

Regência: *Teresa Quintela de Brito*

EXAME FINAL. 24 de Junho de 2015

Duração: 2h 30 m

I

Considere o Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 26 de Junho de 2012, Processo n.º 60/09.9TAVVC.E1, Relatora: Ana Barata Brito, cujo sumário é o seguinte:

1. “A responsabilidade criminal da pessoa colectiva exige o nexo de imputação do facto a um agente da pessoa colectiva, que será aquele que nela exerça liderança ou um seu subordinado nas condições prescritas no art. 11o, no 2 - a) e b) do Código Penal.
2. Mas a responsabilidade criminal da pessoa colectiva não exige a responsabilização do seu agente, bastando que seja possível estabelecer e demonstrar o nexo de imputação do facto à pessoa física, independentemente de posterior condenação desta.
3. Assim sucederá nos casos em que não é possível determinar qual, de entre vários, é o agente responsável pelos factos integrantes do crime; quando se sabe que a responsabilidade cabe a um dos administradores da sociedade, mas não é possível precisar a qual deles.
4. Nestes casos, verificados os restantes pressupostos da imputação (crime cometido em seu nome e no seu interesse), a pessoa colectiva pode ser responsabilizada independentemente da condenação ou absolvição dos seus agentes”.

Concorda com esta tese do Tribunal da Relação de Évora? (12 valores)

Na sua resposta:

- a) Confronte a redacção do art. 11º/2, 4, 6 e 7 do CP com a do art. 7º/1 a 3, do RGIT (Lei n.º 25/2001, de 5 de Junho)
- b) Considere a específica natureza dos crimes tributários enquanto crimes de violação de dever.
- c) Tenha em conta o disposto no art. 8º CP.

II

Atente ainda na seguinte consideração feita no mesmo Acórdão:

Correctamente, o Tribunal *a quo* decidiu que, “no caso em apreço, não foi acusado um dos administradores da sociedade [JA], por ter falecido, nenhuma outra consideração quanto à sua eventual responsabilidade tendo sido feita pelo Ministério Público ou constando da acusação”.

Ou seja, a responsabilização da sociedade arguida, neste contexto e neste momento processual, implicaria a adição e apreciação de factos que *não estão na acusação*.

Os factos relativos à conduta do administrador JA importavam para condenação da arguida sociedade, e vieram, a final, a revelar-se essenciais e imprescindíveis à procedência da acusação quanto a ela, independentemente ou apesar do falecimento dele.

Na falta destes factos – não estão na acusação nem tão pouco foram accionados os mecanismos legais que tratam da alteração de factos arts 358º e 359º do Código de Processo Penal – nada mais resta do que manter integralmente a sentença”.

Face ao exposto, acordam os juízes da Secção Criminal do Tribunal da Relação de Évora em: “julgar improcedente o recurso confirmando-se a decisão recorrida”, que absolveu a sociedade arguida e os arguidos, administradores desta, da prática do crime de abuso de confiança contra a segurança social, na forma continuada, de que todos vinham acusados.

- a) **Concorda com a solução dada, em recurso, pelo Tribunal da Relação de Évora? (2 valores)**
- b) **Que poderia e deveria ter feito o Tribunal a quo**, quando confrontado com a elevada probabilidade de os factos imputados aos administradores arguidos (J e A) poderem, afinal, ter sido praticados por um outro administrador, entretanto falecido (JA), apontado por várias testemunhas como o verdadeiro “dono” da sociedade arguida e a pessoa que tomava todas as decisões importantes para a vida desta. **(4 valores)**

Correcção da escrita, clareza das ideias, conclusão nas respostas e capacidade de síntese: 2 valores

TÓPICOS DE CORRECÇÃO

I

A. O ponto 1 do sumário está absolutamente correcto.

O art. 11º/2 CP faz depender a responsabilidade penal da pessoa colectiva de um facto individual de conexão com ela, que pode ser:

- (i) Um facto individualmente típico de quem nela ocupe posição de liderança [al. a)]. Facto esse que, uma vez colectivizado por via das exigências da sua comissão em nome e no interesse da pessoa jurídica, vai ser a esta imputado.
- (ii) Um contributo individualmente atípico de um ou mais dos dirigentes do(s) sector(es), em cujo âmbito teve lugar o facto colectivo em causa [al. b)].

Contributo que a lei associa a uma violação do dever de vigilância ou controlo do(s) dirigente(s). Violação que permitiu a prática do facto punível colectivo por subalterno(s) e na qual se traduz o nexo de imputação do facto colectivo ao dirigente.

E qualquer um desses contributos de dirigentes tem de ser prestado:

- a) Em nome da pessoa colectiva, i.e., no exercício de funções, poderes ou tarefas em que foram investidos (expressa ou tacitamente) pelo ente e que habilitaram especialmente os agentes individuais para a prestação daquele contributo.
- b) No interesse coletivo, i.e., em conformidade com o concreto modo de organização, funcionamento e de prossecução do fim colectivo ou institucionalizado.

B. O ponto 2 do sumário está também correcto, mas precisa de ser completado.

Verdade que a responsabilidade da pessoa colectiva não exige, nem depende da responsabilidade da pessoa singular que *por ela* e *para ela* age. Nesse sentido depõe, aliás, a parte final do art. 11º/7 CP.

Mas, a responsabilidade da pessoa jurídica não depende apenas do nexo de imputação (objectiva) do facto colectivo a um ou mais dirigentes daquela.

Por um lado, o facto da pessoa jurídica também integra contributos colectivos, i.e., de órgãos e centros de liderança funcionalmente envolvidos na prática do facto que se pretende imputar ao ente. Nesse sentido aponta o art. 11º/4 CP, ao identificar quem ocupa posição de liderança com os órgãos (e não apenas com os titulares de órgão), os representantes-dirigentes e quem nela tenha autoridade para exercer o controlo da actividade da pessoa colectiva em cujo exercício se verificou o facto punível que se quer atribuir a esta.

Por outro, o dolo ou a negligência da pessoa colectiva (embora autónomos dos das pessoas físicas que *por ela* e *para ela* agiram na prática do facto colectivo) constroem-se a partir dos conhecimentos (efectivos ou potenciais) das pessoas físicas referidas no art. 11º/2 e, ainda, dos acumulados ao nível dos órgãos e centros de liderança funcionalmente envolvidos na prática do facto coletivo, à luz do efectivo modo de organização e funcionamento do ente.

Por outras palavras: a imputação do ilícito típico à pessoa jurídica não depende apenas de um nexo de imputação objectiva desse facto a algum/alguns dos seus dirigentes, pressupondo também a consideração dos conhecimentos (efectivos ou potenciais) desses dirigentes e dos acumulados ao nível dos órgãos e centros de liderança funcionalmente envolvidos na prática desse facto.

C. Os pontos 3 e 4 suscitam algumas observações.

Poderá pensar-se que, quando se trata de imputar ao ente um crime de violação de dever verificado no plano colectivo (como é o caso dos crimes tributários), não será necessário individualizar o(s) concreto(s) dirigente(s) que, agindo no lugar da pessoa jurídica (arts. 12º CP e 6º RGIT), incumpriram o dever que sobre esta recai.

Mas essa não é a regra quando está em causa a atribuição de responsabilidade à pessoa

jurídica pelos crimes previstos no CP.

Dos crimes constantes do catálogo do art. 11º/2 CP, apenas são de violação de dever os previstos nos arts. 348º (desobediência) e 353º (violação de imposições, proibições ou interdições).

Todos os demais são constituídos por condutas materiais, de cuja realização efectiva e comprovada depende a realização do tipo respectivo.

Sendo as pessoas colectivas “reais construídos”, as condutas materiais que integram estes crimes precisam de ser comprovadamente levadas a cabo por pessoas físicas a elas ligadas (maxime dirigentes), em seu nome e interesse, sob pena de o ente não poder ser responsabilizado por tais crimes.

Então, porém, como identificar os concretos contributos materiais-individuais integrantes do facto colectivo (ou ao menos alguns deles) – e necessários para a realização típica ao nível do ente – desconhecendo a(s) pessoa(s) que os prestaram?

Conclusão: ao menos nos crimes que não sejam de violação de dever, é sempre necessário identificar funcionalmente algum/alguns dos dirigentes envolvidos na prática do facto colectivo, nos termos do art. 11º/2 a) ou b).

De contrário:

- (i) Não será possível imputar-lhes objectivamente o facto coletivo.
- (ii) Nem identificar qualquer um dos factos individuais de conexão (correctamente exigidos pelo art. 11º/2) para a atribuição de responsabilidade penal ao ente.
- (iii) Tal como se revelará impossível apurar se o facto individual de conexão foi levado a cabo em nome e no interesse da colectividade pelo agente de conexão.

Logo, contrariamente ao afirmado nos pontos pontos 3 e 4 do Sumário, ao menos nos crimes que não sejam de violação de dever, revelar-se-á impossível verificar os pressupostos da imputação do facto punível ao ente desconhecendo de todo quem prestou os contributos necessários à realização típica, nos termos conjugados do art. 11º/2 e da incriminação da Parte Especial

D. Divergências entre o art. 11º/2, 4 e 7 CP e o art. 7º/1 e 3 RGIT e art. 8º CP

O art. 11º/2 expressamente se refere e exige contributos individuais para a prática do facto punível colectivo, que têm de ser prestados por agentes de conexão com a pessoa jurídica.

Diferentemente, o art. 7º/1 RGIT alude à comissão das infracções tributárias “pelos órgãos ou representantes” da pessoa colectiva, agindo em seu nome e interesse, sugerindo que bastaria comprovar a violação de dever ao nível dos órgãos da pessoa colectiva, e não necessariamente do(s) titular(es) desse órgão, para responsabilizar o ente.

O que até se adequaria à natureza de violação de dever das infracções tributárias, apesar de os órgãos, enquanto elementos integrantes indissociáveis da organização da pessoa jurídica, não poderem ser agentes da infracção.

Contudo, então, ficaria sem sentido a exigência de comissão da infracção em nome da

pessoa colectiva (a menos esta que se entendesse como uma restrição aos seus órgãos de representação) e no seu interesse (por a vontade formada *no* e expressa *pelo* órgão se entender naturalmente conforme ao interesse colectivo). Ao menos a exigência de actuação no interesse colectivo deveria, assim, ter-se por limitada aos representantes.

O art. 7º/3 RGIT consagra a possibilidade de cumulação de responsabilidades, mas não estabelece simultaneamente a independência das responsabilidades individual e colectiva, ao contrário do art. 11º/7 CP.

Esta diferença entre os preceitos não parece ser especialmente relevante, pois, ao menos a referência aos “órgãos” (e não aos titulares de órgão) pelo art. 7º/1 RGIT, logo apontaria para a independência e a autonomia da responsabilidade colectiva face à responsabilidade individual (que poderia nem sequer existir ou ser apurada), mantendo-se a dúvida apenas relativamente aos representantes da pessoa colectiva

A outra diferença, essa relevante, entre os preceitos em causa reporta-se à limitação, pelo art. 7º/1 RGIT, dos “agentes” da infracção tributária aos “órgãos e representantes” da pessoa colectiva e equiparada, enquanto o art. 11º/4 CP alarga os agentes de conexão com a pessoa jurídica àqueles que têm autoridade para exercer o controle da actividade colectiva, para além dos “órgãos” e representantes.

Verdade que o art. 8º CP aponta o CP como Direito subsidiário dos diplomas penais extravagantes, desde que estes não contêm disposições em contrário. O que não acontece quando se depara com o silêncio da legislação penal extravagante, como é o caso.

Porém, a questão é complicada porque o art. 11º/2 e 4 do CP são normas penais positivas, funcionando como preceitos incriminadores das pessoas colectivas e equiparadas.

Logo, a aplicação do art. 11º CP às infracções previstas em legislação penal avulsa traduz-se, neste caso, numa ampliação da responsabilidade dos entes colectivos, que deve ser expressamente decidida pelo legislador democrático – e não pelo intérprete/aplicador, sob pena de violação do princípio da legalidade (arts. 29º/1 e 165º/1, c) e d) CRP).

II

a) A solução em sede de recurso está correctíssima.

Sem que os factos relativos à actuação do administrador JA (entretanto falecido) tivessem sido integrados no objecto de processo em curso, seria impossível nele condenar a pessoa colectiva pelo crime de abuso de confiança contra a segurança social com base nesses mesmos factos.

Também não se verificavam os pressupostos do art. 426º CPP, relativo ao reenvio do processo para novo julgamento.

Com efeito, apesar de o MP ter invocado erro notório na apreciação da prova (art. 410º/1, al. c) CPP), a verdade é que não se verificava um tal erro pela simples razão de não ter sido feita qualquer prova dos factos respeitantes ao administrador JA, necessários para a condenação da sociedade arguida pelo crime de abuso de confiança

contra a segurança social.

- b) A alteração substancial/não substancial de factos relativamente ao facto imputado à pessoa colectiva tem de afirmar-se considerando os critérios exigidos para a atribuição de responsabilidade penal à pessoa colectiva.

Além dos elementos constitutivos do tipo legal de crime em causa, relevam para esse efeito os contributos individuais (e até colectivos) para a realização desse facto e a qualidade funcional em que foram prestados (trabalhador, titular de órgão, representante-dirigente, pessoa com certos e determinados poderes de autoridade para exercer o controlo da actividade colectiva em cujo exercício foi perpetrado o facto a atribuir ao ente).

A esta luz poderá considerar-se substancial, por implicar a atribuição de um “crime diverso” à pessoa colectiva (art. 1º, al. f) CPP), a modificação que se traduza na descoberta:

- (i) De contributos (individuais e/ou colectivos) diferentes dos constantes da acusação ou da pronúncia para a prática do facto imputado à colectividade; ou
- (ii) De que os mesmos contributos objectivos foram afinal prestados por pessoa(s) ligada(s) ao ente por um outro e diverso nexos funcional.

O Acórdão do Tribunal da Relação de Évora parece apontar para a necessidade de uma mera alteração não substancial dos factos na 1.ª instância (art. 358º CPP), ao afirmar (p. 17) “pode ter sido JA, por si só, a agir da forma objectivamente descrita na acusação e subjectivamente imputada aos dois arguidos. Pode ter sido este, e não os dois arguidos”.

Ou seja: os contributos em causa seriam objectivamente os mesmos, assim como o nexos funcional de conexão com a pessoa jurídica [administração, tal como os dois arguidos pessoas singulares (J e A)], apenas esses contributos teriam sido prestados por um administrador diverso (JA).

Nesta perspectiva compreende-se que, a p. 19, o mesmo Acórdão afirme: “as leituras das provas teria consentido dar como provado que, *pele menos um dos três agentes*, teria praticado os factos em nome e no interesse da sociedade arguida. O que, mesmo na ausência de individualização/determinação do agente físico concreto, teria bastado para determinar a sua responsabilização e condenação”.

Porém, para que assim sucedesse, seria necessário que os factos relativos à conduta do administrador JA constassem da acusação, ou tivessem sido adicionados ao objecto do processo por via dos mecanismos legais da alteração substancial ou não substancial de factos (arts. 358º e 359º CPP).

Como isso não aconteceu, o Acórdão do Tribunal da Relação, correctamente, confirmou a sentença recorrida de absolvição da sociedade arguida e dos dois arguidos pessoas singulares e julgou improcedente o recurso.

Porém, uma questão fica por esclarecer: se para a condenação da sociedade arguida naquele processo seria imprescindível que tivesse sido feita prova dos factos relativos ao administrador JA, como é que isso teria sido possível sem o identificar como autor do

facto imputado à pessoa colectiva?

Ou, para esse efeito, deverá entender-se suficiente que a acusação impute o facto punível, indiferenciadamente, aos três administradores de direito da sociedade arguida, por se poder “dar como provado [porém como?] que pelo menos um d[esses] três agentes, teria praticado os factos em nome e no interesse da sociedade arguida”?

Por outras palavras: a tese da desnecessidade de identificação/determinação de qualquer dirigente que tenha contribuído para a prática do facto colectivo, além de “esbarrar” com os critérios de atribuição de responsabilidade à pessoa colectiva (assentes na imputação funcional e objectiva do facto colectivo a algum(s) dirigentes), não é de todo compatível com:

- (i) O direito do arguido a ser informado dos factos que lhe são imputados (art. 61º/1, al. c) CPP);
- (ii) Nem com as exigências de determinação e estabilidade do objecto do processo (depois da acusação ou do despacho de pronúncia), de que são mera expressão o regimes da alteração substancial e não substancial de factos na fase do julgamento (arts. 358º e 359º CPP).

Indo um pouco mais longe: uma vez que os contributos individuais integram o facto punível a imputar ao ente, a mera alteração da pessoa que os prestou não implica sempre a imputação à pessoa colectiva arguida de um “crime diverso”, já que a diversidade de agentes determina a diversidade de contributos?

Por último, diferentemente do Acórdão do Tribunal d Relação de Évora, a entender-se que se trata de uma alteração substancial (art. 359º CPP), os factos relativos à intervenção do administrador JA na prática do crime imputado à sociedade arguida não são obviamente autonomizáveis em relação ao objecto do processo em curso, em que é arguida a sociedade.

Por isso, o julgamento só poderia continuar pelos novos factos se se verificasse o acordo referido no art. 359º/3 CPP.

De contrário, a sociedade arguida teria de ser – como foi – absolvida da prática do crime de que vinha acusada. Não seria admissível uma decisão de forma (absolvição da instância) – aliás proibida pelo art. 359º/1 CPP – e a abertura de um novo inquérito com os novos factos contra a mesma sociedade, sob pena de violação do art. 29º/5 CRP.

Mas já seria possível a abertura de um inquérito contra JA pelos novos factos, para apurar da sua responsabilidade individual pelos mesmos (art. 359º/2 CPP), caso não tivesse entretanto falecido, extinguindo-se a sua responsabilidade penal (art. 127º/1 CP).

Lisboa, 30 de Julho de 2015

Teresa Quintela de Brito